



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión 07/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 22 de febrero de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICION INTERPUESTO POR TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE FECHA 27 DE ABRIL DE 2006 SOBRE EL CONFLICTO DE ACCESO ENTRE GRUPALIA INTERNET, S.A. Y TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U., EN RELACION CON LAS VISITAS A EDIFICIOS DEL SERVICIO DE UBICACIÓN DE LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO (OBA) (DT 2005/1193).

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de fecha 27 de abril de 2006 relativa al conflicto de acceso entre Grupalia Internet, S.A. y Telefónica de España, S.A.U. en relación con las visitas a edificios del servicio de ubicación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) (DT 2005/1193), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 22 de febrero de 2007, recaída en el expediente AJ 2006/785.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 27 de abril de 2006, el Consejo de esta Comisión aprobó una Resolución relativa al conflicto de acceso planteado entre las entidades Grupalia Internet, S.A. (en adelante, Grupalia) y Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) en la que se resolvió, entre otras cuestiones, lo siguiente:

“Primero.- Instar a Tesau a no realizar el cobro de las visitas a las centrales de Madrid/Puerta del Angel, Madrid/San Ignacio, Madrid/Usera y Madrid/Prosperidad. En caso de haberse procedido ya a la facturación de dichas visitas, instar a Tesau a devolver a Grupalia las cantidades facturadas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por dichos conceptos en el plazo de quince días desde la aprobación de la resolución que ponga fin al presente procedimiento.

....

Cuarto.- Trasladar las actuaciones practicadas durante la tramitación de este expediente para su consideración en el marco del procedimiento sancionador RO 2006/12, iniciado por la Resolución, de fecha 19 de enero de 2006, por la que se acuerda la apertura de un procedimiento sancionador contra Tesau por el presunto incumplimiento de la Resolución de 29 de abril de 2002 por la que se insta la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado publicada por Tesau, en fecha 20 de enero de 2001; así como por incumplimiento de la resolución de 31 de marzo de 2004 sobre la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado de TESAU.”

SEGUNDO.- Con fecha 8 de junio de 2006, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Don Pablo de Carvajal González presentado en nombre y representación de TESAU por el que interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior. En el citado escrito realiza básicamente las siguientes alegaciones:

- 1) Sobre el régimen de visitas en el servicio de cubricación de la OBA.

La recurrente señala que si bien la OBA concreta un plazo de 48 horas para la realización de visitas, éstas, solicitadas en tan breve plazo sólo permite el acompañamiento de personal de seguridad y no de personal técnico de TESAU cuya asistencia es en la que verdaderamente están interesados los operadores. Por ello, señala, ha establecido un procedimiento interno complementario al previsto en la OBA por el que las visitas solicitadas por los operadores con acompañamiento técnico son previamente concertadas en función de la disponibilidad de recursos y tiempo, visita que se consensúa por ambas partes en función de las disponibilidades.

Por lo anterior expone que dicho acuerdo en modo alguno puede hacerle incurrir en un incumplimiento del citado régimen de visitas previsto en la OBA ya que el operador siempre tiene a su disposición la opción de efectuar la visita estándar en los términos previstos en aquélla.

Señala que si bien la primera visita validada para el día 18 de julio de 2005 a la central de Gran Vía no pudo ser realizada debido a la comisión por su parte de un error involuntario, en lo que concierne al resto de solicitudes, sí se dispusieron de los medios técnicos requeridos para prestar los servicios de acompañamiento de vigilancia y seguridad de los edificios sin que, sin embargo, ningún representante de Grupalia acudiera a las visitas solicitadas, ante los servicios de vigilancia de TESAU. Por tanto, su representada, carece del documento firmado por el operador y por el contrario, sí que constan los documentos suscritos por la empresa de seguridad contratada y que resultan acreditativos de que TESAU dispuso de los servicios de acompañamiento de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

vigilancia para que se realizaran las visitas validadas y que por tanto, si las mismas no se realizaron, se debió a la falta de asistencia de Grupalia.

Teniendo en cuenta lo anterior señala que dichas visitas deben facturarse al haber dispuesto su representada de los servicios necesarios para que las mismas se realizaran.

Acreditados dichos extremos considera que la Resolución de fecha 27 de abril de 2006 resulta contraria al ordenamiento jurídico no sólo porque omite toda valoración sobre las pruebas aportadas por su parte, valoración que le hubiera permitido realizar la defensa oportuna, vulnerándose al no haberla realizado, el artículo 24.1 de la Constitución, sino también porque de la misma no cabe sino entender que la valoración efectuada por esta Comisión resulta contraria a los principios que deben regir la misma según los artículos 1214 y siguientes del Código Civil, ya que, pese a que Grupalia no solo no acredita ni su asistencia a las fechas indicadas, ni que ella no hubiera dispuesto los medios necesarios para que las mismas se realizaran, TESAU sí que acredita que ningún representante del referido operador acudió en las fechas validadas.

En consecuencia manifiesta que la Resolución recurrida, al otorgar valor probatorio a las meras manifestaciones de Grupalia frente a la prueba documental aportada por su mandante, sobre la que esta Comisión no se ha pronunciado, infringe el artículo 24.1 de la CE, en relación con los artículos 62.1 a) y e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) incurriendo por tanto en un vicio de nulidad.

- 2) Sobre la infracción de los artículos 89.2 de la LRJPAC y 24 y 25 de la CE.

TESAU manifiesta que en la Resolución impugnada no se explicita en modo alguno cuales son los indicios de incumplimiento que justifican el traslado de las actuaciones practicadas al expediente sancionador referido, lo que supone una auténtica indefensión, al no tener origen dicho traslado ni en las peticiones de la parte denunciante, ni precedente en la propuesta de Resolución, ni justificación en la misma, produciéndose en consecuencia, una clara vulneración del derecho de defensa.

Señala que la Resolución recurrida vulnera claramente el principio de congruencia al haber acordado el traslado de las actuaciones practicadas al expediente sancionador RO 2006/12, separándose del objeto del conflicto, de las peticiones de las partes y de las alegaciones del proceso, con clara vulneración del artículo 24 de la CE y del artículo 89.2 de la LRJPAC.

Esto es, manifiesta que la conducta objeto del expediente recurrido en modo alguno puede ser acumulada al expediente sancionador referido, al existir una



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

clara discordancia entre las acciones y omisiones analizadas en el expediente recurrido y la conducta tipificada por el artículo 53 r) de la LGTel e imputada en el mismo, suponiendo dicha falta de identidad una clara vulneración del principio de tipicidad previsto normativamente.

En virtud de lo dispuesto anteriormente solicita que se dicte resolución por la que se declare la nulidad de los apartados primero y cuarto de la Resolución recurrida.

Tercero.- Con fecha 13 de julio de 2006 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Don Alberto Estirado Bronchalo en nombre y representación de Grupalia al recurso de reposición al que se refiere el antecedente de hecho anterior.

En el citado escrito manifiesta básicamente que:

- 1) Sobre el régimen de visitas en el servicio de cubricación de la OBA.

Grupalia manifiesta que TESAU antepone sus procedimientos internos al procedimiento previsto en la OBA al considerar que el espacio de tiempo indicado en ésta no es el suficiente para la realización de visitas a una determinada central. Asimismo señala que si TESAU considera que el plazo de 48 horas resulta insuficiente para coordinar la visita, debería ser alegado en el procedimiento que tramite esta Comisión para la modificación de la OBA pero no en el procedimiento que ha dado lugar a la Resolución recurrida.

Pone de manifiesto que no entiende la existencia de dos procedimientos, el llamado por TESAU estándar o previsto en la OBA y otro para el que no hay plazos y que se basa en procedimientos internos de la recurrente que además según la misma es *“en el que normalmente están verdaderamente interesados los operadores”*, a pesar de no estar publicado ni aprobado por esta Comisión, lo que supone una situación de grave indefensión para los operadores alternativos.

- 2) Sobre las visitas no realizadas.

En relación con la presente alegación recuerda los hechos descritos en el expediente que finalizó en la Resolución recurrida y en especial, el correo electrónico de fecha 20 de julio de 2005, en el que la recurrente reconoce que no puede mantener el calendario propuesto por GRUPALIA para la realización de las visitas previamente validadas por ella misma.

El citado correo electrónico demuestra que las solicitudes fueron validadas y que TESAU no dispuso del personal a tiempo para efectuar las visitas. De hecho, con fecha 20 de julio, según la información de la recurrente, Grupalia no habría asistido a las visitas de SAN IGNACIO el día 19 de Julio, ni a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

PROSPERIDAD el mismo día 20 de julio, fecha en la que TELEFONICA remitió el correo a GRUPALIA, confirmando la anulación de las solicitudes. Señala que ese correo demuestra sin género de duda que hubo conversaciones previas entre TESAU y Grupalia, a partir de la primera visita fallida realizada en Gran Vía, y en la que ya se había denegado el acceso al edificio, a pesar de la validación previa de las solicitudes.

Señala que como consecuencia de dichas conversaciones, Grupalia no acudió a las visitas de San Ignacio y Prosperidad, pero en todo caso a la luz del correo remitido por TESAU queda claro que las solicitudes habían sido anuladas por ésta.

3) Sobre la facturación de las visitas por TESAU.

Considera que existe mala fe por parte de la recurrente al alegar que el servicio deber ser facturado aún habiendo quedado demostrado que las visitas no pudieron llevarse a cabo por causas imputables a la misma. Por lo que, si bien, la recurrente no incurrió en gasto alguno, por el contrario Grupalia sí que lo hizo en gastos de personal, tiempo y desplazamiento de las visitas fallidas.

4) Sobre la supuesta infracción del artículo 24.1 y 2 de la Constitución así como de las normas sobre la valoración de la prueba previstas en el Código Civil.

En relación con la presente alegación señala que en la documentación aportada en el procedimiento que ha dado lugar a la Resolución de fecha 27 de abril de 2006 están suficientemente probados los hechos denunciados, resultando preciso destacar los siguientes aspectos:

- El correo de 20 de julio es una prueba concluyente de que las solicitudes de visitas habían sido canceladas por TESAU y que Grupalia tuvo que enviarlas de nuevo.

- El hecho de que Grupalia enviara las segundas solicitudes el 18 de julio por la tarde supone un indicio determinante de que TESAU había instado a GRUPALIA al reenvío de las solicitudes por problemas internos. Señala que *“No parece lógico que si GRUPALIA tuviera el convencimiento de poder acceder a las demás centrales hubiera vuelto a tramitar esa misma tarde todas las solicitudes”*.

- Considera que el acta de servicios de vigilancia presentado por TESAU en el que consta que Grupalia no acudió a las visitas carece de validez ya que por un lado, es un extremo que ellos nunca han negado y por otro viene a demostrar la mala comunicación existente entre los departamentos implicados de TESAU así como la mala gestión del procedimiento implementado de visitas *“a las centrales OBA”*, esto es, que fue un problema interno de la recurrente que no



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

se informara a sus servicios de seguridad del hecho de que desde el Departamento de Creación de Red/ Inmobiliario se habían cancelado las visitas de Grupalia.

Por último pone de manifiesto que *“los hechos descritos y probados son lo suficientemente graves y que se ha producido un abuso de posición dominante por parte de TELEFONICA que ha dilatado injustificadamente el procedimiento descrito en la OBA vigente cancelando unilateralmente las solicitudes validadas previamente y facturándolas”*.

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Fundamentos jurídicos procedimentales.

Primero.- Calificación del escrito.

El artículo 107 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones, entre otros actos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

La recurrente califica expresamente su escrito con fecha de entrada en esta Comisión de 8 de junio de 2006, como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, calificar al escrito presentado como un recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de fecha de 27 de abril de 2006.

Segundo.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC.

Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlo a trámite.

Tercero.- Competencia y plazo para resolver.

La competencia para resolver el presente recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado. El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

Sin embargo, el artículo 43 de la LRJPAC establece que en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legítima al interesado que hubiera deducido la solicitud a entenderla, en este caso, desestimada, ya que el apartado 2 de ese mismo artículo establece que en los procedimientos de impugnación de actos, el silencio tendrá efecto desestimatorio.

Todo ello sin perjuicio, de acuerdo con el artículo 43 de la LRJPAC, de la obligación de dictar resolución expresa que tiene esta Comisión sin vinculación alguna, en la presente Resolución, al sentido del silencio.

Cuarto.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por cuanto que ya lo era en el procedimiento que dio como resultado la resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del presente recurso potestativo de reposición.

II. - Fundamentos jurídicos materiales

Preliminar.- Sobre el régimen jurídico aplicable en la resolución del recurso de reposición interpuesto por TESAU.

En el momento en el que Grupalia planteó el conflicto de acceso que dio lugar a la Resolución recurrida, la OBA vigente correspondía a la aprobada por esta Comisión en Resolución de fecha 31 de marzo de 2004, actualizada a las diversas modificaciones que tuvieron lugar desde la fecha de su aprobación hasta la fecha en la que se planteó el conflicto.

Con fecha 14 de septiembre de 2006 esta Comisión ha procedido a la aprobación de la Resolución sobre la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de TESAU.

Teniendo en cuenta que *“todo recurso de reposición constituye una revisión de los hechos y aplicación del derecho efectuados en la resolución recurrida”*¹ y que

¹ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 17 de julio de 1997.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la Resolución impugnada se resolvió de acuerdo con la OBA aprobada por esta Comisión con fecha 31 de marzo de 2004, será conforme a esta Resolución con arreglo a la que se deberá resolver el recurso interpuesto por TESAU.

Primero.- Sobre las visitas a edificios del servicio de ubicación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado

TESAU manifiesta que independientemente del procedimiento de visitas establecido en la OBA, ha establecido otro tipo de visitas que son en las que realmente están interesados los operadores ya que, al ser concertadas por ambas partes en función de la disponibilidad de recursos y tiempo, resultan más productivas y organizadas, permitiendo así mismo ser realizadas con el acompañamiento de personal técnico cualificado.

En tales circunstancias señala que en modo alguno puede determinarse que porque no lleguen a producirse los citados acuerdos entre los operadores deba entenderse que ha incurrido en un incumplimiento del régimen de visitas al tener siempre los operadores a su disposición la opción de efectuar la visita estándar en los términos previstos en la OBA.

Asimismo manifiesta que si bien la primera visita validada para el día 18 de julio a la central de Gran Vía no llegó a realizarse por un error involuntario por su parte, en lo que concierne al resto de solicitudes, tal y como consta en el expediente de referencia, sí que se dispusieron los medios técnicos requeridos para prestar los servicios de acompañamiento de vigilancia y seguridad de los edificios sin que sin embargo, ningún representante de Grupalia acudiera a las visitas solicitadas, debiendo por tanto éstas facturarse al haberse dispuesto todos los servicios necesarios para que se realizaran.

En virtud de lo anterior pone de manifiesto que la Resolución de fecha 27 de abril de 2006 resulta contraria al ordenamiento jurídico al haber otorgado valor probatorio a las meras manifestaciones de Grupalia frente a la prueba documental aportada por ellos.

Para contestar adecuadamente a la presente alegación se realizarán separadamente tres análisis, a saber: i) sobre el procedimiento establecido para la realización de las visitas de referencia, ii) sobre las incidencias ocurridas en el curso de las citadas visitas iii) sobre la valoración de la prueba que determinó la Resolución de fecha 27 de abril de 2006.

i) Sobre el procedimiento establecido para la realización de las visitas a los edificios del servicio de ubicación de la OBA.

Respecto al supuesto procedimiento al que alude TESAU como preferido por los operadores para la realización de las visitas a los edificios a los que se les haya denegado la ubicación por motivos de falta de espacio, es preciso recordar



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que las condiciones conforme a las cuales la recurrente debía realizar las visitas citadas se encontraban perfectamente delimitadas en la OBA, y en concreto en el apartado 2.13 relativo a las Facilidades de acceso a los edificios de Telefónica de España, S.A.U.

Además, cabe señalar que la imposición de la citada obligación no constituía una innovación proveniente de la citada Resolución de esta Comisión de modificación de la OBA sino que ya la previó el Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre, por el que se aprobaba el Reglamento que establecía las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes², en concreto en su artículo 9. Por tanto, procede recordar a la recurrente que el procedimiento conforme al cual debía realizar las visitas de continua referencia derivaba de su condición de operador dominante en la red pública telefónica fija.

De acuerdo con ello, en el artículo 9 del citado Real Decreto se establecía la *obligación* de éstos de proveer, siempre que fuera viable, las condiciones adecuadas para la ubicación de los equipos de los operadores autorizados en los edificios en los que se facilitara el acceso desagregado. En el mismo artículo se establecía que los operadores dominantes resolverían sobre las peticiones presentadas siguiendo los criterios y el procedimiento previsto en la OBA. Y en relación con lo anterior, en el apartado 9 del citado artículo se establecía que:

“Asimismo, los operadores autorizados podrán visitar los emplazamientos susceptibles de utilización para ubicación y los emplazamientos en los que se haya rechazado la ubicación por motivos de falta de espacio³.”

Por tanto, el procedimiento establecido para la realización de las visitas a los edificios de TESAU en los que se hubiera denegado la ubicación constituía una obligación para ésta, debiendo en consecuencia cumplir con lo en él establecido. Esto es, si bien no existía ninguna objeción para que TESAU procediera a la mejora de las condiciones conforme a las que debían ser realizadas las visitas objeto de impugnación, en modo alguno estaba legitimada para disminuir la calidad de las mismas o proceder a su incumplimiento ya que, la realización de las citadas visitas constituía, por un lado, un derecho de los operadores que hubieran visto rechazadas previamente sus solicitudes de ubicación por falta de espacio y, por otro, una obligación de TESAU de proveer las mismas y todo ello debido a su condición de operador dominante en la red pública de telefonía fija.

Y en lo que se refiere al análisis concreto del personal de TESAU que debía acompañar a los operadores autorizados en la realización de sus visitas hay que señalar que el apartado 2.13.4 de la OBA indicaba que TESAU *“establecerá un*

² El Real Decreto 3456/2000 ha sido derogado por la Disposición derogatoria única del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y a la numeración.

³ El subrayado es nuestro.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

régimen de acompañamiento por parte de personal de Telefónica y/o personal de seguridad al personal del operador autorizado durante las visitas”.

Pues bien, de lo dispuesto no puede deducirse que la obligación de TESAU se limitara a facilitar el personal de seguridad como acompañamiento, sino que, según las circunstancias de cada visita, el operador podría requerir la asistencia adicional de personal técnico de TESAU.

ii) Análisis de las incidencias ocurridas en las visitas objeto de impugnación.

La recurrente manifiesta que si bien la primera de las visitas solicitadas, esto es, la correspondiente a la central de Gran Vía, no pudo llevarse a cabo por un error involuntario por su parte, en lo que concierne a las otras cuatro, sí que se dispusieron los medios necesarios para su realización y en consecuencia deben facturarse.

Partiendo de la documentación aportada por los interesados en la tramitación del conflicto de acceso que desembocó en la Resolución recurrida debemos recordar que como resultado de las solicitudes de Grupalia validadas posteriormente por TESAU se acordaron por las partes las siguientes visitas en las fechas que se indican:

MADRID / GRAN VÍA	18/7/2005
SAN IGNACIO	19/7/2005
PROSPERIDAD	20/7/2005
PUERTA DEL ANGEL	21/7/2005
USERA	22/7/2005

De acuerdo con el calendario expuesto, con fecha 18 de julio de 2005, se procedió a la realización de la primera visita que, tal y como asimismo ha reconocido la recurrente, no pudo llevarse a cabo debido a un error interno suyo.

Tras dicha visita fallida, Grupalia alega que mantuvo una serie de conversaciones telefónicas con la recurrente, conversaciones que no han sido negadas por TESAU, en las que se acordó que Grupalia volviera a remitir las solicitudes de visitas a los edificios. Como resultado de la solicitud de Grupalia y de la validación por TESAU se acordó el siguiente calendario de visitas:

MADRID / GRAN VÍA	22/7/2005
SAN IGNACIO	27/7/2005
PROSPERIDAD	20/7/2005
PUERTA DEL ANGEL	21/7/2005
USERA	22/7/2005- 26/7/2005

Tal y como puede observarse en las tablas expuestas, se produjeron una serie de modificaciones en las fechas de las visitas previamente acordadas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es preciso tener en cuenta que en el correo electrónico remitido por TESAU de fecha 19 de julio de 2005, obrante como Anexo VI del documento nº 1 del expediente de referencia, correo en el que se aceptan las fechas propuestas por Grupalia, no se hizo alusión alguna a que ya existían unas fechas anteriores y que aquéllas iban a mantenerse. Por otro lado carecería de sentido que, tal y como manifiesta Grupalia en sus alegaciones, ésta quisiera realizar varias veces las mismas visitas con el consiguiente gasto tanto económico como de personal.

Siguiendo con la concatenación de hechos, tal y como consta en el Anexo VII del citado documento nº 1, con fecha 20 de julio de 2005, esto es, el día previsto para la realización de la primera de las visitas solicitadas por segunda vez, Grupalia recibió un correo electrónico de la recurrente en el que ésta manifestaba que:

“Esta mañana me han confirmado que no vamos a poder mantener las fechas ni las horas⁴ que nos indicabais debido al volumen de solicitudes similares que tenemos en cola de espera. No obstante, la semana que viene me confirmarán la disponibilidad y en el momento en que lo hagan lo comunicaré para vuestra aceptación”.

Por tanto, tal y como quedó demostrado en el expediente que finalizó con la Resolución recurrida, fue la propia recurrente quién modificó unilateralmente el calendario propuesto y quién, en el mismo correo, manifestó que sería ella quién confirmaría la disponibilidad, momento a partir del cual se lo comunicaría a Grupalia.

Ha de tenerse en cuenta que la única visita que hubiera podido plantear ciertas dudas en relación a la falta de asistencia de Grupalia es la relativa a la central de Prosperidad ya que la visita estaba prevista para las diez de la mañana del día 20 de julio de 2005 y sin embargo, el correo electrónico de TESAU fue recibido por Grupalia a las 13.43 horas, esto es, casi cuatro horas más tarde de la hora en la que estaba concertada la visita. Pero cualquier duda queda despejada por la propia recurrente, ya que en el citado correo electrónico de 20 de julio, queda acreditado que fue ella quién procedió a la cancelación de todas las visitas sin excepción alguna.

Reiterando lo anterior es preciso tener en cuenta que del contenido del expediente que ha dado lugar a la Resolución recurrida se constata que la recurrente en absoluto ha intentado desvirtuar la documentación aportada por Grupalia en la que consta la aceptación del nuevo calendario propuesto por ésta a instancia de TESAU y la anulación por parte de esta última de todas las fechas acordadas. Esto es, en sus alegaciones no indica por qué validó la segunda serie de visitas propuestas si, según sus alegaciones, consideraba que seguían

⁴ El subrayado es nuestro.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

vigentes las fechas acordadas en la primera solicitud, ni explica cuál es el significado del correo electrónico de fecha 20 de julio de 2005.

iii) Sobre la valoración de la prueba que determinó la Resolución recurrida.

Tal y como ha establecido el Tribunal Supremo *“incumbit probatio qui dicit”*⁵ y de acuerdo con dicho principio, fue la entidad que solicitó la intervención de esta Comisión en el conflicto de acceso planteado la que utilizó los medios de prueba necesarios para acreditar sus alegaciones, alegaciones que sin embargo, no fueron desvirtuadas por la recurrente.

En este sentido procede traer a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la carga de la prueba⁶:

“En el artículo 88.1 de la Ley de 17 julio 1958 se reconoce la posibilidad de acreditar los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento por cualquier medio de prueba, y este mismo criterio se ha puesto de manifiesto en el nuevo artículo 80 de la Ley 30/1992 en el párrafo primero, pero, en el caso que estamos contemplando, es evidente que ni se ha vulnerado el indicado precepto, ni tampoco el artículo 1214 del Código Civil, puesto que el examen conjunto de dichos preceptos permite constatar que el artículo 88.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, vigente cuando se producen los hechos, se refiere a cualquier medio de prueba y son éstos, comprendidos con carácter general dentro de los artículos 1214 a 1253 del Código Civil y 578 a 666 de la Ley de Enjuiciamiento Civil los que han de ser tenidos en cuenta, si bien en el ámbito del Derecho Procesal Administrativo no existe ningún precepto que valore ni gradúe la invocada carga de la prueba, por lo que la doctrina y la jurisprudencia reconoce que debe aplicarse al proceso administrativo en la vía administrativa previa y en la posterior jurisdiccional, las mismas reglas que rigen en el proceso civil, siendo principio fundamental en materia de prueba admitida en este ámbito, que el artículo 1214 del Código Civil es aplicable al procedimiento administrativo, por la disposición adicional sexta de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa y por el artículo 74 de la LJCA de 27 diciembre 1956, por lo que el que afirma, debe probar y a la parte recurrente le corresponde la prueba de los hechos normalmente constitutivos de su pretensión”

De acuerdo con la jurisprudencia expuesta, en el procedimiento que dio lugar a la Resolución recurrida, correspondió a la entidad que interpuso el conflicto la acreditación de los extremos alegados, acreditación que fue valorada por esta Comisión y que vino a confirmar las alegaciones de Grupalia.

Sin embargo en lo que concierne a la recurrente, tan solo presenta documentos de un servicio de vigilancia que únicamente acredita que Grupalia no acudió a las primeras citas, sin fundamentar, la razón por la cual debía acudir a las

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de fecha 6 de noviembre de 1990.

⁶ Sentencia de fecha 14 de julio de 1998.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mismas. Esto es, no sólo no ha intentado desvirtuar las alegaciones y documentos presentados por Grupalia sino que tampoco demuestra la razón por la que ésta debía presentarse en las centrales de referencia habiendo desconvocado TESAU las visitas acordadas por ambas. Esto es, tal y como así mismo se estableció en la Resolución recurrida, *“Por un lado cabe pensar que no sería lógico que Grupalia procediera al reenvío de todas las solicitudes de nuevo si hubiera tenido la certeza de que el resto de visitas ya aceptadas se iban a poder realizar normalmente. Por otro lado, no se entiende que Tesau afirme que dispuso el servicio de acompañamiento por personal de seguridad en dichas centrales para el resto de las primeras visitas solicitadas, y por otra parte, rechace, con fecha 20 de julio de 2005, esas mismas fechas de visita para tres de las cinco centrales..”*

Esto es, tal y como alega Grupalia, ésta nunca ha negado que no se presentara a las centrales de continua referencia pero, la razón de su ausencia no era otra que el hecho que la propia recurrente había procedido a la cancelación de las visitas solicitadas.

Llegados a este punto resulta necesario incidir en que, tal y como puede observarse en la Resolución impugnada, los motivos que determinaron la decisión de esta Comisión se basaron principalmente en los correos electrónicos que se enviaron ambas partes y que fueron posteriormente, aportados al expediente.

De manera que, si bien en el procedimiento administrativo de referencia no se abrió un periodo probatorio *strictu sensu* conforme a los artículos 80 y 81 de la LRJPAC, sí que se valoraron los documentos aportados otorgándoles el carácter de probatorios de las alegaciones efectuadas. En este sentido, el Tribunal Supremo ha establecido que *“no cabe aducir que no se abrió por el instructor una fase de prueba, pues ello puede no resultar necesario si, no habiéndola pedido el expedientado, se estima que con la documental existente hay base suficiente para formular la acusación y fundar la infracción”*⁷.

Por tanto, si bien en el procedimiento administrativo de referencia DT 2005/1193 no se procedió a la apertura de un periodo de prueba, sí que obraba en el mismo la prueba documental suficiente (los correos electrónicos remitidos entre ambas partes) que determinó el convencimiento de esta Comisión de los hechos alegados.

En relación con la validez de los citados correos hemos de tener en cuenta que entre los medios probatorios admisibles en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, trasladables al ámbito de los procedimientos administrativos se encuentran entre otros, los documentos privados. El artículo 326.1 de la citada Ley establece que *“Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen”*.

⁷ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 29 de enero de 2003.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dado que la recurrente no ha cuestionado o planteado la autenticidad de los distintos documentos aportados en el expediente de referencia, éstos han sido valorados por esta Comisión como medios probatorios de las alegaciones efectuadas por ambas partes, y han llevado al convencimiento de esta Comisión de que fue la entidad recurrente la que, incumpliendo el procedimiento para la realización de las visitas establecidas en la OBA, impidió a Grupalia la realización de las mismas en las fechas acordadas.

Segundo.- Sobre la procedencia de la facturación de las visitas solicitadas por Grupalia.

En relación con la procedencia de la facturación de las visitas objeto de impugnación es preciso señalar que, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, las visitas solicitadas y validadas posteriormente por TESAU habían sido desconvocadas por la recurrente, tal y como queda demostrado en el correo electrónico de fecha 20 de julio de 2005, por lo que en modo alguno procede la facturación de las mismas al haber quedado acreditado que no pudieron llevarse a cabo por causas imputables a la recurrente.

Sin perjuicio de lo anterior es preciso poner de manifiesto que en modo alguno sería posible la facturación de las visitas de continua referencia ya que, tal y como establece el Anexo 3 de la OBA vigente en el momento en el que se planteó el conflicto:

“LISTA DE PRECIOS APLICABLE A VISITAS Y ACCESOS A INMUEBLES DE TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.

Los conceptos facturables en visitas y accesos son los siguientes:

Visita. Facturable siempre que como resultado de la visita no se instruya expediente por a CMT cuya resolución justifique la visita realizada...

Por tanto, dado que las visitas objeto de controversia dieron lugar a la tramitación por esta Comisión del expediente de referencia DT 2005/1193, en modo alguno procedería la facturación de las mismas debiéndose rechazar en consecuencia, las alegaciones vertidas en relación con el presente motivo de impugnación.

Tercera.- Sobre el traslado de las actuaciones al expediente sancionador RO 2006/12.

TESAU manifiesta que en la Resolución impugnada no se explicita en modo alguno cuales son los indicios de incumplimiento que justifican el traslado de las actuaciones practicadas al expediente sancionador referido lo que supone una auténtica indefensión al no tener origen dicho traslado ni en las peticiones de la parte denunciante, ni precedente en la propuesta de Resolución, ni justificación en la misma.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Señala que la Resolución recurrida vulnera claramente el principio de congruencia al haber acordado el traslado de las actuaciones practicadas al expediente sancionador RO 2006/12, separándose del objeto del conflicto, de las peticiones de las partes y de las alegaciones del proceso.

Estima que la conducta objeto del expediente recurrido en modo alguno puede ser acumulada al expediente sancionador referido, al existir una clara discordancia entre las acciones y omisiones analizadas en el expediente recurrido y la conducta tipificada por el artículo 53 r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) e imputada en el mismo.

Respecto a la alegación relativa a que no se explica en la Resolución recurrida el traslado de las actuaciones practicadas al expediente sancionador RO 2006/12, debemos recordar que en el mismo escrito de Grupalia por el que solicita la intervención de esta Comisión en el conflicto de acceso planteado, alega que:

“El artículo 48.3.i) de la LGTel faculta a esta Comisión para el ejercicio de las funciones inspectoras en aquéllos asuntos sobre los que tenga atribuida la potestad sancionadora de acuerdo con el artículo 50 de la misma Ley.

Por lo expuesto,

SUPLICO que teniendo por presentado este escrito, junto con la documentación aportada en los documentos anexos, se sirva admitirlos, y en mérito a los mismos, se proceda a la apertura del procedimiento administrativo correspondiente, tendente a la resolución del Conflicto de Acceso al Bucle de abonado entre GRUPALIA y TELEFONICA, y en su caso, a la apertura de procedimiento sancionador⁸”

Dado que lo anterior ha de ser interpretado como una denuncia por un supuesto incumplimiento, esta Comisión en la Resolución recurrida estableció que:

“Respecto a la ausencia de la interfaz web como soporte de los procedimientos administrativos contemplados en la OBA (SGO) para el servicio de visitas, está justificado trasladar las actuaciones practicadas para su consideración en el procedimiento sancionador RO 2006/12 seguido en esta Comisión por supuesto incumplimiento por parte de TESAU de su oferta de referencia de acceso al bucle⁹. Este sancionador se abrió tras las inspecciones realizadas respecto a la interfaz mediante sistema web vía Internet como soporte de los

⁸ El subrayado es nuestro.

⁹ Procedimiento sancionador iniciado por la Resolución, de fecha 19 de enero de 2006, por la que se acuerda la apertura de un procedimiento sancionador contra Telefónica de España, S.A.U., por el presunto incumplimiento de la Resolución de 29 de abril de 2002 por la que se insta la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado publicada por Telefónica de España, S.A.U., en fecha 20 de enero de 2001; así como por incumplimiento de la resolución de 31 de marzo de 2004 sobre la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado de Telefónica de España, S.A.U.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

procedimientos administrativos contemplados en la OBA (Actas de fecha 19, 20 y 21 de julio de 2005), constatándose que concurren irregularidades que constituyen indicios de un presunto incumplimiento de la OBA”.

Teniendo en cuenta lo expuesto no cabe sino desestimar la alegación de la recurrente relativa a la supuesta indefensión que le ha causado la Resolución recurrida al haberse establecido en la Resolución de fecha 27 de abril de 2006 los fundamentos que determinaban el traslado de las actuaciones practicadas al procedimiento sancionador RO 2006/12. Contrariamente a lo alegado por la recurrente, esta Comisión no hizo sino cumplir con lo establecido en el precitado artículo 89 de la LRJPAC que establece lo siguiente:

“1. La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo.

...

2. En los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste,...”

Esta Comisión, en virtud de la denuncia de Grupalia en el escrito por el que planteó el conflicto de acceso de continua referencia procedió a valorar la misma en relación a la incoación de un procedimiento sancionador a TESAU en el marco del conflicto de acceso planteado y una vez valorada dicha denuncia, constató la existencia de un procedimiento sancionador incoado contra la misma en el que se podrían enjuiciar si los hechos denunciados podrían constituir un ilícito administrativo.

Esto es, en la tramitación del expediente que finalizó con la Resolución recurrida se constató la existencia de indicios relativos a que TESAU todavía no habría implementado el procedimiento de visitas vía la herramienta web definida en la OBA, Sistema de Gestión de Operadores (SGO), posible incumplimiento que se dedujo del proceso de interacciones vía correo electrónico seguido por Grupalia a la hora de solicitar las visitas. En relación con ello es preciso recordar que en procedimiento sancionador de referencia RO 2006/12 se acordaba el inicio del mismo por entre otros motivos, no haber implementado el citado procedimiento de visitas vía la herramienta web definida en la OBA.

En consecuencia, contrariamente a lo alegado por la recurrente, dado que los hechos analizados en el expediente que ha dado lugar a la Resolución recurrida podrían ser, además, susceptibles de ser sancionados por esta Comisión en virtud de lo establecido en el artículo 53. r) de la LGTel, por un presunto incumplimiento de las Resoluciones dictadas por esta Comisión, se obró correctamente al proceder al traslado de las actuaciones realizadas al procedimiento sancionador ya incoado contra la recurrente por motivos similares.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U contra la Resolución de fecha 27 de abril de 2006 sobre el conflicto de acceso entre Gupalia lternet, SA y Telefónica de España, S.A.U., en relación con las visitas a edificios del servicio de ubicación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA)

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que desestima un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera